

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.597 van 18 december 2014
in de zaak A. 210.944/XII-7517**

In zake: de BVBA GHIJSENS-CORDENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Leenders
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Elfde Novemberwal 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD BORGLOON
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 november 2013, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Borgloon van 24 september 2013 waarbij de opdracht “Leveren van dranken voor verhuringen, recepties, vergaderingen en personeel” wordt gegund aan de nv Brouwerijen Alken-Maes.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 november 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrick Leenders, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Els Gypen, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De stad Borgloon schrijft een overheidsopdracht uit voor het “Leveren van dranken voor verhuringen, recepties, vergaderingen en personeel”.

Op 16 juli 2013 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht te gunnen met een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met toepassing van artikel 26, § 1, 1°, van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’. De waarde van de opdracht

wordt geraamd op 64.000 euro btw niet inbegrepen. Het college keurt ook “de lastvoorwaarden” goed vervat in het bijzonder bestek met referentie nr. jfe/13/05.

3.2. De stad Borgloon nodigt vijf ondernemingen, waaronder de verzoekende partij en de Limburgse Drankencentrale (hierna: LDC), uit om een offerte in te dienen.

3.3. Vier inschrijvers, waarbij de verzoekende partij en de nv Brouwerijen Alken-Maes, dienen een offerte in.

3.4. Op 2 september 2013 wordt een verslag van nazicht opgesteld.

3.5. Op 24 september 2013 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht, in overeenstemming met het verslag van nazicht, te gunnen aan de nv Brouwerijen Alken-Maes.

Dit is de bestreden beslissing. In de motivering wordt onder meer het volgende overwogen:

“Gelet op het advies van de Raad Gemeenschapscentrum waarin een zo gevarieerd mogelijk aanbod van verschillende dranken werd gevraagd en tevens geopteerd werd enkel leveranciers aan te schrijven die in een straal van 10 km van Borgloon gevestigd zijn;

Overwegende dat in het kader van de opdracht ‘Leveren van dranken voor verhuringen, recepties, vergaderingen en personeel’ een bijzonder bestek met nr. jfe/13/05 werd opgesteld door de ontwerper (Financiële dienst);

Overwegende dat de uitgave voor deze opdracht wordt geraamd op 64.000,00 excl. btw en hierdoor de duur van opdracht max. 365 kalenderdagen bedraagt ingevolge de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking;

Gelet op het besluit van het college van burgemeester en schepenen van 16 juli 2013 betreffende de goedkeuring van de lastvoorwaarden, de raming en de gunningswijze van deze opdracht, met name de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking;

Gelet op het besluit van het college van burgemeester en schepenen van 16 juli 2013 betreffende het starten van de gunningsprocedure waarin beslist werd om volgende firma's uit te nodigen om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure:

Ghysens-Cordens, Graethempoort 48A te 3840 Borgloon

- Limburgse Drankencentrale LDC, Vloeiherkstraat 19 A te 3830 Wellen
- Casa Geladé, Daalstraat 31 te 3830 Wellen
- Taar Drinks, Schurhovenveld 2215 te 3800 Sint-Truiden
- Melon - Diricks bvba, Horpmaalstraat 11 te 3870 Heers;

Overwegende dat de offertes het bestuur ten laatste op 13 augustus 2013 om 12.00 uur dienden te bereiken;

Overwegende dat de verbintenistermijn van 120 kalenderdagen eindigt op 11 december 2013;

Overwegende dat 4 offertes werden ontvangen:

- Melon - Diricks bvba, Horpmaalstraat 11 te 3870 Heers
- Ghysens - Cordens, Graethempoort 48A te 3840 Borgloon
- Brouwerijen Alken – Maes NV, Blarenberglaan 3C b2 te 2800 Mechelen
- Taar Drinks, Schurhovenveld 2215 te 3800 Sint-Truiden;

Gelet op het feit dat wij van Brouwerijen Alken-Maes NV een offerte ontvingen via Limburgse Drankencentrale LDC;

Gelet op het feit dat alle inschrijvers, na onderhandelingen, formeel regelmatig, rekenkundig correct en bijgevolg conform het gevraagde zijn;

Gelet op het feit dat alle inschrijvers een gevarieerd aanbod hebben ingediend;

Gezien alle inschrijvers voor Cristal Alken bier hebben ingeschreven en hierdoor de huidige installaties, alsook het onderhoud hiervan, kunnen behouden blijven;

Gezien dit een opdracht is op basis van eenheidsprijzen;

Gelet op het feit dat er bij het indienen van de offerte rekening zou gehouden worden met volgende opgelegde bepalingen en leveringsvoorwaarden:

[...]

Gelet op het feit dat er door de dienst overheidsopdrachten een vergelijking werd gemaakt tussen de ingediende eenheidsprijzen van de kandidaten op basis van de meest frequent afgenomen producten in 2012;

Gezien de inschrijving van Brouwerijen Alken-Maes NV, voor de meeste producten, de meest voordelige blijkt te zijn;

Gezien de offerte van Brouwerijen Alken-Maes NV ook gratis logistiek materiaal verschaft, in tegenstelling tot enkele andere inschrijvers;

Gezien Brouwerijen Alken-Maes NV, in een begeleidend schrijven, de manier van samenwerken omschrijft en deze voldoet aan de door ons opgelegde bepalingen en leveringsmodaliteiten in het bestek;

Gezien, omwille van de bekommernissen van de dienst cultuur, er bijkomende informatie i.v.m. de concrete werkwijze van de inschrijvers per mail aan alle kandidaten gevraagd werd;

Gelet op het verslag van nazicht van de offertes van 2 september 2013 opgesteld door de ontwerper (financiële dienst en dienst cultuur);

Overwegende dat de ontwerper (financiële dienst en dienst cultuur) voorstelt om, rekening houdende met het voorgaande, deze opdracht te gunnen aan de meest voordelige regelmatige bieder, zijnde Brouwerijen Alken-Maes NV, Blarenberglaan 3C b2 te 2800 Mechelen, tegen de eenheidsprijzen en voorwaarden vermeld in de offerte van deze inschrijver;

Overwegende dat deze opdracht aanvangt met ingang van 1 oktober 2013 t.e.m. 30 september 2014.”

3.6. Bij aangetekend schrijven van 25 september 2013 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht werd gegund aan de nv Brouwerijen Alken-Maes en wordt een kopie van voormelde beslissing van het college van burgemeester en schepenen toegevoegd.

IV. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

4. In het verzoekschrift stelt de verzoekende partij het volgende aan te wenden als “middelen”:

“de Schending van artikel 17 § 2 1° van de wet van 24 december 1993, schending van artikel 9, lid 3 van de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de raad van 31.03.2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, hierna Richtlijn 2004/18/EG, schending van de artikelen 120 en 121 van het Koninklijk besluit van 08 januari 1996, schending van de algemene beginselen van het behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel, het transparantie- en mededingingsbeginsel, schending van het beginsel *pater legem quam ipse fecisti*.

Schending van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en latere wijzigingen, inzonderheid artikel 26 § 1, 1° a (limiet van 85.000,00 € exclusief btw)

Schending van het K.B. van 15.07.2011 betreffende plaatsing overheidsopdrachtenklassieke sectoren, en latere wijzigingen.

Schending van het K.B. van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en latere wijzigingen.

Aangezien immers vaststaat dat gunning werd verleend aan Belanghebbende partij, zijnde Brouwerij Alken-Maes, Blarenberglaan 3C b2 te 2800 Mechelen, daar waar deze partij niet werd aangeschreven als mogelijk kandidaat voor het indienen van een offerte, en a fortiori geen regelmatige offerte heeft ingediend !!!

Dat deze brouwerij bovendien gelegen is te Mechelen, zijnde niet in een straal van 10 km, zoals vooropgesteld in het advies van de Raad Gemeenschapscentrum.

Dat bovendien verkeerdelijk werd geredeneerd dat de Belanghebbende Partij eigenaar zou zijn van de diverse installaties en glazen, quod certa non est (eigendom Verzoekende Partij destijds gekocht van Brouwerij Haacht), hetgeen bovendien geen gunningsvoorwaarde was.

Dat op 19 november 2013 Verwerende partij op de hoogte werd gebracht dat de regelmatigheid der aanbesteding eveneens ontoelaatbaar was nu uit de boekhoudkundige gegevens van Verzoekende partij is gebleken dat de limietwaarde conform artikel 26§1,1° van de wet van 15 juni 2006 werd overschreden.(stuk 10)

Dat op 20 november 2013 Verwerende Partij laconiek antwoordt dat uit het eigen overzicht van de boekhouding blijkt dat het totale bedrag dat kan worden teruggevonden 107.178,97 € bedraagt inclusief BTW...

Dat zelfs bij aftrek van de BTW het bedrag van 80.000,00 € overschreden wordt !!!

Dat men bij briefwisseling (stuk 11) stelt niet te begrijpen dat Verzoekende partij in totaal voor 129.827,00 € heeft kunnen factureren, terwijl op de vergadering van 30 oktober 2013 kwam vast te staan dat bepaalde ‘evenementen’ bij Verwerende partij geboekt staan onder diversen.”

5. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij betreffende haar kritiek dat de opdracht ten onrechte werd gegund bij wege van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omdat de limietwaarde werd overschreden, samengevat, dat uit de door de verzoekende partij aangeleverde facturen, zijnde alle facturen die aan de verwerende partij zijn uitgeschreven gedurende het jaar dat zij de leverancier was, onbetwistbaar blijkt dat er voor een bedrag van 107.178,97 euro werd gefactureerd, btw niet inbegrepen. Zelfs indien daaruit alle leveringen van wijnen, sterke dranken, koffie, thee, soepen, koekjes en melk worden weggelaten en zelfs bij overschakeling van het standaard watermerk naar een goedkoper merk wordt de drempel van 85.000,00 euro nog steeds overschreden. De verwerende partij kan niet ontkennen dat de totale kostprijs te laag werd geraamd. Het is bovendien absoluut geen correcte berekeningswijze om de bestellingen van de eerste vier maanden van de opdracht te vermenigvuldigen met drie om de werkelijke waarde van de opdracht te kennen. Zoals ook blijkt uit de aangeleverde facturatie, wordt er in de zomerperiode meer geconsumeerd dan in de winterperiode. De verwerende partij heeft hierdoor ook gehandeld in strijd met artikel 9, derde lid, van de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004

‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’, dat bepaalt dat er geen leveringen mogen worden opgesplitst om aan de toepassing van het wettelijk kader te ontsnappen, hetgeen hier wel is gebeurd.

Wat haar bezwaren betreft dat de gunning werd verleend aan de brouwerij Alken-Maes, terwijl deze partij niet werd aangeschreven als mogelijk kandidaat voor het indienen van een offerte, en dat deze brouwerij bovendien gelegen is te Mechelen, zijnde niet binnen een straal van 10 km, betoogt zij nog, samengevat, dat de nodige stukken waaruit de correcte identiteit had kunnen worden afgeleid, namelijk de onderhandse of authentieke akte waaruit de bevoegdheid van de gemachtigde blijkt of een afschrift van zijn volmacht en een attest waarbij de inschrijver aantoont dat hij in orde is met het betalen van zijn belastingen en de btw, niet werden bijgebracht bij de offerte van de gekozen inschrijver en dat uit de stukken trouwens blijkt dat de gunning is geschied aan de nv Brouwerij Alken-Maes, hetgeen niet de rechtsopvolger is van de voormalige nv LDC. Wel de nv Alken-Maes All Services is de opvolger en uit de eerste factuuroverzichten blijkt trouwens dat het deze onderneming is die factureert. Deze juridische entiteit komt echter zelfs niet voor in het dossier. Bovendien, terwijl het college van burgemeester en schepenen nochtans duidelijk heeft geopteerd om niet te kiezen voor een offerteaanvraag met bekendmaking, nu dit in zulk geval brouwerijen zou aantrekken, is de opdracht toch “rechtstreeks aan Brouwerij Alken-Maes” gegund, hetgeen een prijsvoordeel op het bier oplevert.

Onder punt “II.B. Schending van het mededingingsrecht”, zet de verzoekende partij bijkomend nog het volgende uiteen:

“II.B. Schending van het Mededingingsrecht

In werkelijkheid betreft dit een mededingingsrechtelijk geschil dat een openbare orde karakter heeft, waardoor het dient opgeworpen te worden ook al behoort het niet tot het contentieux van de Raad van State.

Ingevolge artikel IV.1. § 1 van de wet van 3 april 2013 houdende invoeging van boek IV ‘Bescherming van de mededinging’ en van boek V ‘De mededinging en de prijsevoluties’ in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan

boek V en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht zijn verboden: Zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing vereist is, alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in :

1° het rechtstreeks of onrechtstreeks bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;

[...]

4° het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hen daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;

[...]

§ 2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.

Belanghebbende partij heeft een inbreuk begaan op de bepalingen van deze wet meer bepaald overtredingen van 1° en 4° van voormeld artikel, hetgeen volgens § 2 van voormeld artikel de nietigheid tot gevolg heeft.

Belanghebbende partij maakt eveneens op ernstige wijze misbruik van haar machtspositie binnen de markt

Artikel I.6 van voormelde wet geeft de definitie van een machtspositie dit is de namelijk de positie die een onderneming in staat stelt om de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, afnemers of leveranciers, in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.

Aangezien Belanghebbende partij de brouwerij is die zich verschuilt achter een uithangbord en in werkelijkheid de leverancier is van alle deelnemers aan de inschrijving maakt zij misbruik van haar machtspositie. Door de deelname van de Belanghebbende partij is een eerlijke aanbesteding niet mogelijk.

De Belanghebbende partij bepaalt eenzijdig de prijzen die kunnen aangerekend worden voor het bier dat door alle inschrijvers wordt geleverd aan de Verwerende partij.

Verzoekster dient haar bier (in casu schrijft het bestek duidelijk enkel het gebruik van Cristal Alken voor, bier dat enkel en alleen gebrouwen wordt door de belanghebbende partij) aan te kopen bij Brouwerij Alken-Maes, en heeft voor het insteken van haar offerte, net als alle andere drankencentrales via de vertegenwoordigers van belanghebbende partij, een prijs gevraagd.

Deze aangeboden prijs door de belanghebbende partij Brouwerij Alken-Maes bepaalt de kans op slagen inzake de toekenning.

De Belanghebbende partij kent dus de prijzen van alle inschrijvers van de aanbesteding omdat zij deze zelf bepaalt. (voor de vaten van 50 liter en 30 liter)

Vanzelfsprekend kan de Belanghebbende partij dan steeds de laagste prijs aanbieden waardoor zij elke mogelijkheid tot een eerlijke en transparante

gunningsprocedure onmogelijk maakt, meer nog hanteert zij een prijs, die verzoekster nooit zou kunnen aanbieden, tenzij met verlies.

Het belang van de Verzoekende partij is geschaad door de restrictieve mededingingspraktijken en de machtspositie uitgeoefend door de Belanghebbende partij.”

Onder “punt II.D. Schending van het rechtsbeginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’”, betoogt zij nog, na een algemene uitleg van voormeld beginsel alsmede de beginselen van gelijke behandeling van de inschrijvers en het transparantiebeginsel, dat:

“Er [...] in de eerste plaats geen transparantie [is] in de wijze op basis waarvan er tot de gunning werd besloten; ondergeschikt wordt er (on)bewust verwarring en onduidelijkheid gecreëerd.

Eerst leek men aan te geven dat de wijnen niet of slechts gedeeltelijk in de opdracht werden opgenomen. Bij de effectieve beoordeling lijkt er dan aan de kostprijs van deze wijnen een erg groot gewicht gegeven te worden.

De kostprijs van de wijnen lijkt de enige factor te zijn op basis waarvan de Verzoekende partij als derde inschrijver werd gerangschikt.

Op het vlak van de prijsevoluties en de niet-doorrekening ervan, de regelmaat van de leveringen, de terugname van het leeggoed, de ter beschikking stelling van materialen en het advies van de gemeenteraad van verwerende partij scoort de verzoekende partij beter dan de tweede gerangschikte.

Het moge duidelijk zijn dat er in casu absoluut geen sprake is van transparantie, noch van een gelijke behandeling van de inschrijvers.

[...]

Het Schepencollege bevestigt het advies van de Raad gemeenschapscentrum te volgen, hetgeen uitdrukkelijk stelt dat wijnen en sterke drank zouden losgekoppeld worden van huidige aanbesteding (zie stuk 1), terwijl uit het verslag van nazicht van de offertes (stuk 5 pagina 9 bundel verweerder) letterlijk staat: ‘Er werd een vergelijking gemaakt tussen de firma’s onderling. Daar voor de wijn en cava prijs-/kwaliteits-gezien moeilijk een vergelijking kon worden gemaakt, werd er zowel een berekening gemaakt op basis van de duurste aangeboden wijn en cava’.

Uit het bestek (stuk 2) blijkt op pagina 13 dat ‘zijn uitgesloten uit het alleenrecht: - de levering van wijnen, gedistilleerde dranken, koffie- en theebehoefden.’

Deze vergelijking mocht dan ook niet worden opgenomen in de motivering.”

6. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat van een eerlijke gunning geen sprake kan zijn, nu de producent van het bier, de

brouwerij Alken-Maes, meedingt voor een aanbesteding tegen haar eigen afnemers. Zij bepaalt eenzijdig de prijzen waartegen de andere inschrijvers hun producten kunnen aanbieden. Uiteraard kan de producent de beste prijs bieden. Dit is een schoolvoorbeeld van misbruik van machtspositie wat een inbreuk uitmaakt op de Belgische mededingingswetgeving. Slechts één enkele brouwerij werd aangeschreven. De verwerende partij wist reeds op voorhand met wie zij in zee wenste te gaan, wat onrechtmatig is. De verzoekende partij vermeldde reeds de schending van de principes van de eerlijke mededinging in haar verzoekschrift. Bovendien betreft het hier bepalingen van openbare orde, die in elke stand van het geding kunnen worden opgeworpen.

Voorts merkt de verzoekende partij nog op dat haar argumentatie dat zij reeds eigenaar is van de installaties, van belang is voor de beoordeling van de offerte van de tweede gerangschikte kandidaat die deze materialen niet gratis aanlevert. Indien geen brouwerijen zouden hebben deelgenomen, zou dit een voordeel aan de verzoekende partij hebben opgeleverd, gezien zij de enige is die deze materialen gratis ter beschikking stelt. Bovendien heeft het schepencollege negatief geadviseerd over een samenwerking met de tweede gerangschikte kandidaat en zijn de bierprijzen van die kandidaat fluctuerend hetgeen een hogere kostprijs oplevert. Het belang van de verzoekende partij is dan ook gelegen in het feit dat bij een eerlijke gunning, zij de opdracht zou hebben verkregen.

Beoordeling

7. Een verzoekende partij moet de middelen die zij aanvoert in het inleidend verzoekschrift in dergelijke mate volledig en begrijpbaar voorstellen dat het achtereenvolgens de verwerende partij, het auditoraat en uiteindelijk de Raad van State mogelijk wordt gemaakt van de precieze strekking van de middelen kennis te nemen.

Uit het verzoekschrift blijkt dat verzoekende partij in haar “middelen” *in concreto* de volgende vier bezwaren aanvoert:

- de gunning aan de brouwerij Alken-Maes is onregelmatig aangezien deze niet uitgenodigd was om een offerte in te dienen en dus geen regelmatige offerte heeft ingediend;
- die brouwerij is niet gelegen binnen een straal van 10 km zoals vooropgesteld in het advies van de Raad Gemeenschapscentrum;
- het motief dat voormelde brouwerij eigenaar zou zijn van diverse installaties en glazen is verkeerd;
- ten onrechte is een beroep gedaan op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking doordat de limiet van 85.000 euro is overschreden.

In haar memorie van antwoord heeft verwerende partij het middel ook in die zin begrepen, zodat zij niet in haar verweer is geschaad. Meer bepaald leidt zij uit dat middel drie grieven af die zij ook bespreekt en weerlegt: een eerste grief “inzake de regelmatigheid van de offerte van Alken-Maes”, die de eerste twee hiervoor vermelde bezwaren betreft, een tweede grief “inzake de keuze van de meest voordelige regelmatige offerte”, waarbij het derde bezwaar wordt behandeld en ten slotte een derde grief “inzake de door verweerster gekozen gunningsprocedure”, waarbij het vierde bezwaar aan bod komt. In de beoordeling hierna, vanaf randnummer 8.1., worden de concrete bezwaren van de verzoekende partij ook in die zin besproken.

De *exceptio obscuri libelli* van de verwerende partij wordt in die mate verworpen. De exceptie wordt wel aanvaard in de mate dat in het verzoekschrift zonder enige nadere aanduiding van de *in concreto* geschonden geachte beginselen de miskenning wordt aangevoerd van het gelijkheidsbeginsel, het transparantie- en mededingingsbeginsel, en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

De verzoekende partij toont voorts niet aan dat zij haar uiteenzetting onder punt B en D van haar memorie van wederantwoord, waar zij nader ingaat op “de schending van het mededingsrecht” en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, niet reeds had kunnen aanbrengen in haar verzoekschrift. De uiteenzetting ervan is dan ook niet tijdig aangevoerd. In de mate dat de verzoekende partij betoogt dat de openbare orde in het gedrang is, brengt zij zelf geen enkel argument of gegeven aan dat deze bewering nader onderbouwt en aannemelijk maakt.

Hetzelfde geldt voor de aangevoerde schending van artikel 9, derde lid, van de voormelde richtlijn 2004/18/EG. Mocht die richtlijnbe­paling al rechtstreeks toepasselijk zijn in de interne rechtsorde en rechtstreekse werking hebben, maakt de verzoekende partij overigens de bewering in haar memorie van wederantwoord dat te dezen, in strijd met voormelde bepaling, leveringen zijn opgesplitst om aan de toepassing van het wettelijk kader te ontsnappen, nergens *in concreto* aannemelijk.

Bij de opmerking van de verzoekende partij dat ten onrechte bij de prijsvergelijking toch wijnen werden betrokken toont zij niet aan hoe dit element haar score bepalend zou beïnvloeden ten aanzien van die van de begunstigde inschrijver.

Ten slotte geeft de verzoekende partij evenmin een verduidelijking aan betreffende de door haar eveneens aangevoerde schending van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’.

Wat de overige aangevoerde en geschonden geachte bepalingen betreft dient te worden opgemerkt dat artikel 26, § 1, 1^o, a, van de voormelde wet van 15 juni 2006, en artikel 105 van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011, te dezen van toepassing zijn.

8.1. Wat de eerste grief inzake de onregelmatigheid van de offerte ingediend door de niet-uitgenodigde nv Brouwerijen Alken-Maes betreft dient er op de door de verwerende partij opgeworpen exceptie van gebrek aan belang, namelijk de offerte van de verzoekende partij werd pas als derde gerangschikt, niet nader te worden ingegaan, nu, zoals hierna zal blijken, dit middelonderdeel hoe dan ook als niet gegrond wordt verworpen.

8.2. In de memorie van antwoord citeert de verwerende partij uit de offerte van de nv Brouwerijen Alken-Maes het volgende:

“Naast haar brouwerijactiviteit heeft Alken-Maes ook een nationaal distributiecentrum, waarmee zij, vanuit 3 regionale platformen (Wellen, Grimbergen & Middelkerke) een full-range drankengamma leveren aan duizenden horecazaken, events, bedrijven & openbare instellingen. Onze inschrijving is dan ook gebaseerd op leveringen via ons platform, gekend onder de naam Limburgse Drankencentrale, gelegen te Wellen, Vloeiherkstraat/Bosstraat (hierna genoemd LDC).

U nodigde voor deze opdracht de Limburgse Drankencentrale uit om een voorstel te doen. De Limburgse Drankencentrale is echter een commerciële benaming voor voormelde distributie in de regio Limburg. Limburgse Drankencentrale is geen juridische entiteit, vandaar dat deze offerte gebeurt uit naam van Alken-Maes.

U vindt de nettoprijzen van LDC (incl. accijnzen & eco-taks) in de inventaris.

LDC heeft een eigen call-center voor de opname van de bestellingen. Er kan een vaste dag worden afgesproken dat u wordt opgebeld door uw vaste contact van het call center voor de opname van de bestellingen. U kan ook kiezen om zelf te bellen of te mailen om de bestelling door te geven. Bestellingen die gedaan worden voor 12h, worden de volgende dag geleverd (of op een later, door u gekozen moment). Het call-center kan u eveneens op de hoogte brengen van de promoties die op dat moment van toepassing zijn. U kan deze promoties (die u bovenop uw specifieke verkoopscondities krijgt) ook terugvinden in de on-line folder Ad Fundum op de website www.limburgsedrankencentrale.be, waar u tevens nog veel meer info over LDC vindt.”

Uit de in het administratief dossier als vertrouwelijk stuk neergelegde offerte van de nv Brouwerijen Alken-Maes, waarop de Raad van State acht mag slaan en bij zijn beoordeling betrekken, blijkt dat die offerte werd ingediend door de nv Brouwerijen Alken-Maes en dat de betalingen dienen te worden uitgevoerd op het rekeningnummer van “nv Alken-Maes All

Services/Limburgse Drankencentrale”. De gunningsbeslissing vermeldt als begunstigde inschrijver de nv Brouwerijen Alken-Maes.

Uit de offerte blijkt dat de verwerende partij de nv Brouwerijen Alken-Maes beschouwt als de werkelijke juridische entiteit achter het “distributieplatform” LDC. Zoals uit het citaat van de offerte van de nv Brouwerijen Alken-Maes blijkt is LDC slechts een feitelijk “platform” van deze nv zodat de verwerende partij terecht ervan mocht uitgaan dat zij de nv Brouwerijen Alken-Maes had aangeschreven. Overigens moet worden vastgesteld dat de nv Brouwerijen Alken-Maes wel degelijk de vereiste attesten inzake de belastingen en de sociale zekerheid bij haar offerte heeft gevoegd.

Voorts, in tegenstelling tot waar de verzoekende partij van uitgaat, komt de nv Alken-Maes All Services wel in het dossier voor en blijkt dus al sinds het indienen van de offerte dat aan deze juridische entiteit dient te worden gefactureerd.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat het gelegen zijn in een straal van 10 km een vereiste uit het niet bindend en niet verplicht advies van de Raad Gemeenschapscentrum en dat het overigens niet wordt betwist dat het kwestieuze distributiecentrum van de gekozen inschrijver binnen die straal is gelegen.

9.1. Wat de tweede grief betreft inzake de volgens de verzoekende partij onterechte keuze voor de onderhandelingsprocedure moet niet worden ingegaan op de exceptie van de verwerende partij van gebrek aan belang, namelijk het feit dat de verzoekende partij zonder voorbehoud heeft deelgenomen aan de onderhandelingsprocedure en zich nu niet meer op de eventuele onwettigheid ervan mag beroepen, aangezien het middelonderdeel niet gegrond is zoals hierna zal blijken.

9.2. De procedure van gunning via onderhandelingen heeft in de klassieke sectoren het karakter van een uitzonderingsregime en ze mag slechts in de limitatief opgesomde en strikt op te vatten gevallen worden toegepast.

Het beroep op de onderhandelingsprocedure dient ook formeel te worden gemotiveerd en het is aan degene die de uitzonderlijke omstandigheden ter rechtvaardiging van de procedure inroept, om het daadwerkelijke bestaan ervan te bewijzen.

Vastgesteld dient te worden dat krachtens het door de verwerende partij ingeroepen artikel 26 § 1, 1°, a, van de voormelde wet van 15 januari 2006, er bij onderhandelingsprocedure mag worden gehandeld zonder naleving van bekendmakingsregels doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners, indien de “goed te keuren uitgave” de bedragen, btw niet inbegrepen, vastgelegd door de Koning, niet overschrijdt. Het bedoelde bedrag wordt in artikel 105, § 1, 2°, van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 thans bepaald op 85.000 euro, btw niet inbegrepen.

Voor het al dan niet toepasselijk zijn van het voormelde artikel 26, § 1, 1°, a, is dus niet de “geraamde waarde” bepalend maar wel de “goed te keuren uitgave”. De verwerende partij bevestigt dit in haar memorie van antwoord, doch zij stelt dat op het ogenblik dat de gunningsprocedure werd opgestart deze niet bekend was zodat zij zich slechts kon baseren op een raming.

In de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 16 juli 2013 waarbij het bestek wordt vastgelegd, wordt de opdracht geraamd op 65.000,00 euro, btw niet inbegrepen. In het bestek zelf wordt deze raming nader opgedeeld; de raming voor de levering van drankbenodigheden voor de gemeentelijke wijkcentra is 49.000,00 euro btw niet inbegrepen en die voor de levering van drankbenodigheden voor recepties, vergaderingen en personeel 15.000,00 euro btw niet inbegrepen.

Artikel 105, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 verwijst voor de ramingsregels voor de goed te keuren uitgave naar artikel 26 van dit koninklijk besluit. De raming dient volgens dit laatste artikel te worden bepaald op grond van de totale waarde van de opeenvolgende opdrachten die zullen worden gegund over twaalf maanden volgend op de eerste levering.

De raming van de verwerende partij is te dezen aanvaardbaar.

De verwerende partij heeft de opdracht in vergelijking met de vorige die werd gegund aan de verzoekende partij, immers gewijzigd op essentiële punten: de verplichte afname van wijnen, schuimwijnen, likeuren en koffie- en theebehoefden werd afgeschaft alsook de levering van degustatiematerialen bij het inrichten van evenementen en er wordt overgeschakeld op kraantjeswater – karafstelsel – voor het personeel en water van een goedkoop merk voor de wijkcentra.

De verzoekende partij toont onvoldoende aan dat de raming op grond van die gewijzigde opdracht onterecht laag zou zijn.

10. Wat de derde grief betreft, namelijk dat de nv Brouwerijen Alken-Maes verkeerdelijk worden voorgesteld als eigenares van diverse installaties en glazen, moet worden opgemerkt dat deze vermelding uit het verslag van nazicht, niet is hernomen in het algemeen besluit van dit verslag noch in de gemotiveerde gunningsbeslissing zelf zodat dit geen bepalend motief is.

11. Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 december 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest